

## L 4 KR 4332/06

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Mannheim (BWB)  
Aktenzeichen  
S 5 KR 3136/05  
Datum  
26.07.2006  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 4 KR 4332/06  
Datum  
21.11.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 26. Juli 2006 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klägerin die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens trägt.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren und für das Klageverfahren wird auf EUR 36.000,00 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass die Beigeladene zu 3) vom 01. Januar 1997 bis 23. Februar 2004 in ihrem Unternehmen nicht versicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Klägerin, die aus einem Einzelhandelsunternehmen des O. W., Großvater mütterlicherseits der am 1962 geborenen Beigeladenen zu 3), hervorging, wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 19. Januar 1979 errichtet. Gegenstand des Unternehmens ist der Nah- und Fernverkehr, die Durchführung von Transporten aller Art sowie die Lagerung von Transportmaterial (§ 2 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags). Nach § 7 des Gesellschaftsvertrags werden Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht die Satzung oder das Gesetz zwingend eine andere Mehrheit vorschreiben. Abgestimmt wird nach Gesellschaftsanteilen. Je DM 500,00 eines Geschäftsanteils gewähren eine Stimme. Vom Stammkapital der Klägerin von DM 50.000,00 übernahmen als Einlagen E. M. (Mutter der Beigeladenen zu 3)) DM 49.000,00 und O. W. DM 1.000,00. Allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer waren E. M. und deren Ehemann (Vater der Beigeladenen zu 3)) W. M. ... Als Erbinnen des O. W. hielten später die Beigeladene zu 3) und deren Schwester R. D. einen Geschäftsanteil von je DM 500,00. Durch Geschäftsanteilsübertragungsvertrag vom 12. Mai 1999 übertrug E. M. der Beigeladenen zu 3) von ihrem Anteil von DM 49.000,00 im Wege der Schenkung einen Anteil von DM 10.000,00. Die Beigeladene zu 3) erhielt Einzelprokura, während W. M. nicht mehr Geschäftsführer blieb (Registereintrag vom 14. Juni 1999). Hierbei verblieb es bis zum neuen notariellen Vertrag vom 24. Mai 2004, durch welchen E. M. von dem ihr verbliebenen Anteil von DM 39.000,00 gegen einen Kaufpreis von EUR 1,00 einen Anteil von DM 14.000,00 an die Beigeladene zu 3) übertrug; Letztere, die inzwischen auch den Anteil von DM 500,00 ihrer Schwester Ruth Dümpelfeld übernommen hatte, wurde unter Erlöschen der Prokura zur alleinigen Geschäftsführerin bestellt (Registereintrag vom 14. Juni 2004).

Die Beigeladene zu 3) war nach dreijähriger Ausbildung zur Speditionskauffrau (1978 bis 1981) in diesem Beruf tätig gewesen. Zum 01. Dezember 1988 trat sie bei der Klägerin ein. Das Bruttoentgelt (anfänglich monatlich DM 1.500,00) wurde durchgängig und uneingeschränkt der Steuer- und Versicherungspflicht unterworfen. Ab 01. Januar 1997 war die Beigeladene zu 3) Mitglied der Beklagten. Ab diesem Zeitpunkt wurden die Gesamtsozialversicherungsbeiträge an die Beklagte als Einzugsstelle abgeführt.

Die Beigeladene zu 3) reichte unter dem 09. Juni 2004 den Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH und mitarbeitenden Gesellschafters in der GmbH ein. Schriftliche Vereinbarungen über die genannten Verträge hinaus wurden nicht vorgelegt. Sie gab an, sie sei in ihrem bisherigen Berufsleben vom 01. August 1978 bis 23. Mai 2004 als Speditionskauffrau nicht selbstständig tätig gewesen. Sie habe der Klägerin keine Darlehen gewährt oder für diese Bürgschaften übernommen. Sie sei vom Selbstkontrahierungsverbot befreit und verfüge als einzige Geschäftsführerin über die erforderlichen Branchenkenntnisse. Sie unterliege nicht wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht (Weisungsrecht) der Gesellschaft bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung; vielmehr könne sie ihre Tätigkeit frei bestimmen und gestalten und dies sei von den betrieblichen Erfordernissen und dem eigenen wirtschaftlichen Interesse abhängig. Sie könne selbstständig Personal einstellen und entlassen, brauche

den Urlaub nicht genehmigen zu lassen und erhalte bei gleichbleibender Vergütung (derzeit monatlich EUR 2.229,66) Entgeltfortzahlung für sechs Wochen. Lohnsteuer werde entrichtet, während keine Gewinnbeteiligung bestehe. Die Buchung der Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt. Durch Bescheid vom 21. Juni 2004 stellte die Beklagte fest, die Beigeladene zu 3) unterliege ab dem 24. Mai 2004 nicht der Sozialversicherungspflicht. Dieser Bescheid wurde nicht angefochten.

Unter dem 09. März 2005 beantragten die Klägerin und die Beigeladene zu 3) Erstattung von zu Unrecht gezahlten Beiträgen zur Renten- und zur Arbeitslosenversicherung vom 01. Dezember 1988 bis 31. Mai 2004. Geltend gemacht wurden Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile. Der Feststellungsbogen vom selben Tag erhielt die Angaben, die Beigeladene zu 3) habe der Klägerin ein Darlehen in Höhe von EUR 50.000,00 gewährt und eine Bürgschaft von EUR 100.000,00 übernommen. Seit 1990 bezeichne sie sich als "Mitarbeiter der Gesellschaft und Mitglied der Geschäftsführung". Ein Dienstvertrag mit einer festen Stundenzahl bestehe nicht. Die monatlich gleichbleibende Vergütung betrage jetzt EUR 2.500,00. Es bestehe Anspruch auf gewinnabhängige Tantiemen. Im Übrigen wurden die früheren Angaben wiederholt. Durch Bescheid vom 17. März 2005 stellte die Beklagte die Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 3) vom 01. Januar 1997 bis 23. Mai 2004 fest. Bis zu diesem Zeitpunkt habe ein beherrschender Einfluss weder kraft des Anteils (22 v.H.) noch kraft der Stellung als Prokuristin ausgeübt werden können.

Die Klägerin erhob - unter Beifügung einer Stellungnahme der E. M. vom 20. Mai 2005 - Widerspruch. Die Beigeladene zu 3) habe maßgeblich die Geschicke des Unternehmens bestimmt, nachdem sie schon von ihrer Ausbildung her die Branchenkenntnisse mitgebracht habe. Sie habe schalten und walten können, wie sie habe wollen. Der Vater W. M. habe sich längst aus gesundheitlichen Gründen zurückgezogen gehabt. Man habe ihr nichts vorgeschrieben. Sie habe selbstständig Personal eingestellt und entlassen, die Organisation des Unternehmens ihren Vorstellungen angepasst sowie auch Darlehen von EUR 50.000,00 gewährt und Bürgschaften von EUR 100.000,00 übernommen. Die Beigeladene zu 3) habe nach Außen allein repräsentiert und nach Innen allein regiert. E. M. habe sich lediglich um die Buchhaltung gekümmert. W. M. habe im Wesentlichen den Lkw gefahren. Mithin habe es keinen anderen Entscheidungsträger im Unternehmen gegeben. Mittlerweile halte die Beigeladene zu 3) 100 v.H. der Anteile. Auf die Anforderung der Beklagten, Anstellungs-, Dienst- oder Geschäftsführerverträge für die Beigeladene zu 3) sowie Unterlagen zu den Darlehen und Bürgschaften vorzulegen, teilte die Klägerin mit, solche seien nicht vorhanden.

Der Widerspruchsausschuss der Beklagten erließ den zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 28. September 2005. Erst ab 24. Mai 2004 habe die Beigeladene zu 3) über 50 v.H. des Stammkapitals verfügt. Zuvor hätten der Vater und die Mutter die Klägerin nach Außen vertreten. Auch die Mutter habe über einschlägige Branchenkenntnisse verfügt. Die Beigeladene zu 3) habe lediglich angegeben, die Branchenkenntnisse für "ihren Bereich" gehabt zu haben. Festes, von der Ertragslage unabhängiges Monatsgehalt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und steuerrechtliche Behandlung sprächen für eine abhängige Beschäftigung. Auf die Weisungsfreiheit komme es nicht entscheidend an. Da gegen den Bescheid vom 21. Juni 2004 kein Widerspruch erhoben worden sei, werde davon ausgegangen, dass die im Feststellungsbogen vom 09. Juni 2004 gemachten Angaben das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis bis dahin widerspiegeln. Aus welchen Gründen im Feststellungsbogen vom 09. März 2005 abweichende Angaben gemacht worden seien, sei nicht nachvollziehbar.

Mit der am 28. Oktober 2005 zum Sozialgericht Mannheim (SG) erhobenen Klage verfolgte die Klägerin ihr Begehren weiter. Sie trug vor, die Mutter E. M., die gelernte Justizangestellte sei, habe lediglich Kapitalgeberin sein wollen und der Vater W. M., der gelernter Polsterer sei, habe sich im Wesentlichen nur als Kraftfahrer betätigt. Mithin habe die Beigeladene zu 3) allein ihre Branchenkenntnisse eingesetzt. Spätestens ab 1990 sei die Beigeladene zu 3) geschäftsleitend tätig gewesen. Der Vater habe sich später aus gesundheitlichen Gründen zurückgezogen. Die betriebliche Ordnung habe sich allein nach den Vorstellungen der Beigeladenen zu 3) gerichtet. Theoretisch mögliche Weisungen seien zu keinem Zeitpunkt erteilt worden oder beabsichtigt gewesen. Die Mutter habe sich später nur noch um die Buchhaltung gekümmert. Einen anderen Entscheidungsträger habe es nicht mehr gegeben. Mit den Änderungen von 1999 seien die faktisch bestehenden Aktivitäten nur noch rechtlich abgesichert worden. Die Änderung vom 24. Mai 2004 habe mithin nichts Wesentliches mehr bewirkt. Durch Umbuchung vom privaten Verrechnungskonto der Beigeladenen zu 3) auf das Firmenkonto seien im Jahre 2003 Darlehen in Höhe von EUR 45.000,00 und EUR 15.000,00, wobei die Darlehensverträge erst im Jahre 2005 erstellt worden seien, sowie am 01. Januar 2004 EUR 51.080,56 gewährt worden. Unter dem 23. März 2004 habe die Beigeladene zu 3) eine Höchstbetragsbürgschaft bis zu EUR 60.000,00 gegenüber einer Bank übernommen. Im Übrigen habe ein Anstellungsvertrag stets gefehlt. Auch wenn eine gleichbleibende Vergütung gewährt worden und Lohnsteuer abgeführt worden sei, sei die Gewinnbeteiligung hervorzuheben; die gleichbleibende Vergütung sei dann nur noch der Vorabgewinn in monatlich gleichbleibender Höhe gewesen. Ähnliches gelte für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Mithin sei die Beigeladene zu 3) nur mitarbeitende Gesellschafterin, keineswegs aber abhängig Beschäftigte gewesen. Sie habe unumschränkte Leitungsmacht gehabt. Die Verringerung des Gehalts im Jahr 2002 erkläre sich auch daraus, dass das Geschäft schlechter gelaufen sei. Es sei ein Verrechnungskonto geführt worden (vorgelegt mit Stand vom 17. Februar 2006). Ferner wurden die Bürgschaftserklärung über einen Betrag von bis zu EUR 60.000,00 (vom 23. März 2004) sowie die Einkommensteuerbescheide der Beigeladenen zu 3) für die Jahre 1991 bis 2005 vorgelegt.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Ein Kapitalanteil von 50 v.H. habe erst ab 24. Mai 2004 bestanden. Bis dahin sei lediglich Prokura erteilt gewesen. Auch habe die Beigeladene zu 3) keinerlei Provisionen oder Gewinnbeteiligungen erhalten. Auch die Geschäftsführung habe sie erst mit 24. Mai 2004 übertragen erhalten.

Das SG erließ die Beiladungsbeschlüsse vom 03. April 2006 (Beigeladene zu 1) und 2)) sowie vom 10. Mai 2006 (Beigeladene zu 3).

Im Termin vom 10. Mai 2006 wurde die Beigeladene zu 3) angehört und E. M. als Zeugin vernommen. Auf die Niederschrift vom 10. Mai 2006 wird Bezug genommen.

Durch Urteil vom 26. Juli 2006 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung legte es dar, eine Sperrminorität habe bei einem Kapitalanteil von 21 v.H. im streitigen Zeitraum nach den Gesellschaftsverträgen nicht bestanden. Dafür, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 3) als abhängige Beschäftigung einzustufen sei, spreche schon die Erklärung im Feststellungsbogen vom 09. Juni 2004, dass sie vom 01. August 1978 bis 23. Mai 2004 nicht selbstständig gewesen sei. Dementsprechend seien die monatlichen Zahlungen an sie als Betriebsausgaben gebucht und steuerlich als Einnahmen aus nichtselbstständiger Tätigkeit eingestuft worden. Auch sei ihr lediglich die Stellung einer Prokuristin übertragen gewesen. Sie habe entsprechend einer Arbeitnehmerin ein im Wesentlichen stetig steigendes Gehalt erzielt, das auch in der Höhe einer kaufmännischen Angestelltentätigkeit entsprochen habe. Die lediglich im Jahr 2002 hingenommene Gehaltsminderung um

knapp 9,3 v. H. gegenüber 2001 sei noch kein Hinweis auf eine ertragsabhängige Bezahlung. Ähnliche Einbußen seien bei anderen abhängig Beschäftigten aufgetreten, weil die Unternehmen teilweise Sondervergütungen nicht mehr gezahlt hätten. Allein auf die Fachkenntnisse komme es nicht an, ebenso wenig auf Bürgschaften und Darlehensverpflichtungen. Die Gewährung von Darlehen und Übernahme von Bürgschaften sei erst ab dem Jahr 2003 erfolgt.

Gegen das am 01. August 2006 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 24. August 2006 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Sie verweist auf ihren bisherigen Vortrag. Die Beigeladene zu 3), die auf Grund ihrer Berufsausbildung als Einzige der Familie über die Branchenkenntnisse verfüge, habe das gesamte Unternehmen erheblich ausgeweitet. Sie sei unumschränkte Herrscherin gewesen. Sie habe keinerlei Direktiven unterlegen. Sie habe selbstständig Personal eingestellt und entlassen sowie die Investitionen bestimmt. Die Eltern hätten keinerlei Einfluss ausgeübt. Das Unternehmen sei als Familien-GmbH auch nicht durch den typischen Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geprägt gewesen, sondern durch die familienhaften Rücksichtnahmen. Die tatsächlichen Verhältnisse seien von der rechtlichen Ausgestaltung abgewichen. Auf gleichbleibendes Entgelt, Entgeltfortzahlung, Abführung von Steuer- und Sozialversicherungsbeiträgen könne es nach alledem nicht ankommen. Auch sei dabei zu verbleiben, dass die Schwankungen der Vergütung auf der Entscheidung beruhten, unterschiedliche Gewinnanteile zu entnehmen. Die Beigeladene zu 3) habe sich selbst das Gehalt bewilligt. Die steuerrechtliche Behandlung habe das Finanzamt nicht weiter interessiert. Immerhin seien sowohl für die Mutter als auch für den Vater Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit gemeldet und nicht beanstandet worden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 26. Juli 2006 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 17. März 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 28. September 2005 festzustellen, dass die Beigeladene zu 3) vom 01. Januar 1997 bis 23. Mai 2004 bei ihr (der Klägerin) nicht gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verbleibt dabei, eine Sperrminorität habe nicht bestanden. Deshalb könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beigeladene zu 3) tatsächlich Herrscherin des Unternehmens gewesen sei. Die Mutter habe uneingeschränkte Vertretungsvollmacht gehabt. Allein dass innerhalb einer Familien-GmbH das Weisungsrecht mit Einschränkungen ausgeübt werde, könne nicht die Schlussfolgerung auf Selbstständigkeit rechtfertigen. Auch habe die Beigeladene zu 3) kein Unternehmerrisiko getragen.

Der Senat hat durch Beschluss vom 07. Juli 2008 die Pflegekasse der Beklagten beigeladen (Beigeladene zu 4).

Die Beigeladenen haben sich zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Zur weiteren Darstellung wird auf den Inhalt der Berufungsakten, der Klageakten und der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist in der Sache nicht begründet. Das SG hat im angefochtenen Urteil vom 26. Juli 2006 die Klage zu Recht abgewiesen und zutreffend dargelegt, dass der Bescheid der Beklagten vom 17. März 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 28. September 2005 rechtmäßig ist. Die Beigeladene zu 3) hat ihre Tätigkeit im Unternehmen der Klägerin vom 01. Januar 1997 bis 23. Mai 2004 als gesamtsozialversicherungspflichtig Beschäftigte ausgeübt.

Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die nach [§ 28i Satz 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle war im streitigen Zeitraums vom 01. Januar 1997 bis 23. Mai 2004 die Beklagte, weil sie in diesem Zeitraum die Krankenversicherung durchführte. Da sie auf die entsprechende Anfrage der Klägerin ein Verwaltungsverfahren zur Feststellung der Sozialversicherungspflicht einleitete, scheidet das Anfrageverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) aus, für das die Beigeladene zu 1) zuständig ist. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht, die eine Zuständigkeit der Beklagten für die Entscheidung ausschließt, ergibt sich für den vorliegenden Fall noch nicht aus [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 ([BGBl. I, S. 2954](#)). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Nach [§ 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1](#) Buchstabe d SGB IV, eingefügt mit Wirkung vom 30. März 2005 durch Art. 1 Nr. 6 Buchst. d des Gesetzes zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht (Verwaltungsvereinfachungsgesetz) vom 21. März 2005 ([BGBl. I, S. 818](#)), müssen die Meldungen enthalten für jeden Versicherten insbesondere bei der Anmeldung die Angabe, ob zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte oder Lebenspartner, seit 01. Januar 2008 auch als Abkömmling (erweitert durch Art. 15 des Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 19. Dezember 2007, [BGBl. I, S. 3024](#)) besteht. Das obligatorische Statusfeststellungsverfahren ist bei Abkömmlingen damit erst bei Anmeldungen durchzuführen, die ab dem 01. Januar 2008 bei den Einzugsstellen erfolgen. Die Anmeldung der Beigeladenen zu 3) erfolgte vor dem 01. Januar 2008, nämlich mit Beginn der jetzigen Tätigkeit bei der Klägerin zum 01. Dezember 1988.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs ([SGB V], bis 31. Dezember 1988 § 165 Abs. 1 der Reichsversicherungsordnung), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs ([SGB VI], bis zum 31. Dezember 1991 §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) (bis 31. Dezember 1997 § 168 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes) sowie (ab 01. Januar 1995) in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem

Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 17).

Hierbei hat das BSG in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG, Urteile vom 10. Mai 2007 - [B 7a AL 8/06](#) - und vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -, jeweils in juris veröffentlicht). Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann z.B. bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die z.B. dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG, Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) -, veröffentlicht in juris). Dies bedeutet aber nicht, dass jede familiäre Verbundenheit zum Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen ([BSGE 3, 30](#), 39 f.; [17, 1](#), 7 f.; [74, 275](#), 278 f.; BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 90](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Bei der Beschäftigung eines Familienangehörigen ist zudem neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Beschäftigte ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtsatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich untertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -, veröffentlicht in juris). Weitere Abgrenzungskriterien sind nach der Rechtsprechung, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden ist, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und schließlich, ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, ist es für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Beschäftigte wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen ist (BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#)). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird ([BSGE 34, 207](#), 210; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund bestimmen sich vorliegend die für die hier streitigen Fragen relevanten Beziehungen für die Zeit vom 01. Januar 1997 bis 23. Mai 2004 nach den - wenn auch ohne schriftlichen Vertrag - in Ablehnung an arbeitsrechtliche Regelungen praktizierten Beziehungen. Trotz der von der Klägerin - und der bezüglich der Interessenlage gleichartig argumentierenden Beigeladenen zu 3) - schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung der Tätigkeit überwiegen aus den im Folgenden darzulegenden Gründen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne sprechen.

1. Die Beigeladene zu 3) verfügte zu Beginn des streitigen Zeitraums am 01. Januar 1997 mit einem Geschäftsanteil von DM 500,00 lediglich über einen Anteil von 1 v.H. des Gesellschaftskapitals der Klägerin von DM 50.000,00. Nach der Übertragung eines Geschäftsanteils von DM 10.000,00 von E. M. belief sich der Geschäftsanteil der Beigeladenen zu 3) auf DM 10.500,00, mithin auf 21 v.H. des Gesellschaftskapitals. Bei einem derart niedrigen Kapitalanteil ist im Regelfall ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis anzunehmen. Ausnahmen sind nach der Rechtsprechung des BSG nur dann anerkannt, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, dass der Minderheitsgesellschafter über eine so genannte Sperrminorität verfügt, durch die er Beschlüsse der Gesellschafterversammlung in allen wesentlichen Angelegenheiten verhindern kann (vgl. zu den notwendigen inhaltlichen Voraussetzungen einer der Arbeitnehmereigenschaft entgegenstehenden Sperrminorität: BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 8](#)). Eine solche Sperrminorität war der Beigeladenen zu 3) im streitigen Zeitraum zu keiner Zeit eingeräumt, auch nicht nach der Übertragung des Geschäftsanteils durch den Vertrag vom 12. Mai 1999. Nach § 7 des

Gesellschaftsvertrages werden Gesellschafter-beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht die Satzung oder das Gesetz zwingend eine andere Mehrheit vorschreiben. In rechtlicher Hinsicht konnte die Beigeladene zu 3) mithin Weisungen des Geschäftsführers bzw. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nicht verhindern. Dass die Gesellschafterbeschlüsse möglicherweise einvernehmlich zu Stande kamen sowie dass das Weisungsrecht der Geschäftsführer, zunächst der Eltern der Beigeladenen zu 3), ab 14. Juni 1999 nur noch der Mutter der Beigeladenen zu 3), tatsächlich nicht ausgeübt wurde, ändert an diesem Ergebnis nichts. Denn nach ständiger Rechtsprechung kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist (BSG SozR 3-2400 § 2 Nr. 19 m.w.N.). Unter diesen Voraussetzungen sind auch Mitglieder von Vorständen juristischer Personen, die von Weisungen im täglichen Geschäft weitgehend frei sind, abhängig Beschäftigte (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 18](#)). Allein aus der Tatsache, dass die Gesellschafterbeschlüsse im Einvernehmen mit der Beigeladenen zu 3) getroffen wurden, kann nicht geschlossen werden, die Klägerin habe von ihren rechtlichen Befugnissen gegenüber der Beigeladenen zu 3) generell keinen Gebrauch machen und dieser vielmehr "freie Hand" lassen wollen.

2. Die Tätigkeit der Klägerin wurde im streitigen Zeitraum vom 01. Januar 1997 bis 23. Mai 2004 auch wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Die Beigeladene zu 3) hat seit Beginn der streitigen Zeit - wie schon seit dem Eintritt ins Unternehmen mit 01. Dezember 1988 - ein festes monatliches Bruttoentgelt bezogen (vgl. im Einzelnen Versicherungsverlauf vom 30. Juni 2004, vorgelegt mit dem Erstattungsantrag für die Beiträge zur Rentenversicherung vom 09. März 2005, Blatt 58 der Verwaltungsakte der Beklagten). Das monatliche Bruttoentgelt hat anfänglich (Dezember 1988) DM 1.500,00 und im Jahr 1997 insgesamt DM 32.516,00, was einem durchschnittlichen monatlichen Arbeitsentgelt von DM 2.709,67 entsprach, betragen und sich seit Beginn des streitigen Zeitraums mit 01. Januar 1997 kontinuierlich gesteigert, ohne dass Versicherungspflicht bestritten oder in Frage gestellt wurde. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wurde geleistet. Das monatliche Bruttoentgelt stellte den Gegenwert für die Arbeit dar, die die Beigeladene zu 3) im Unternehmen der Klägerin verrichtete. Es wurde als Betriebsausgabe verbucht, neben Gesamtsozialversicherungsbeiträgen wurden auch Lohnsteuer abgeführt. Diese gewollte Handhabung, die sich nicht von derjenigen der anderen Arbeitnehmer der Klägerin unterscheidet, wird seit jeher als Indiz für eine abhängige Beschäftigung gewertet, solange nicht schon bezüglich der Entgeltform Züge unternehmerischen Risikos dominieren (vgl. schon BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO). Die geringfügige einvernehmliche Reduzierung des Entgelts vom Jahr 2001 auf das Jahr 2002 (laut Versicherungsverlauf von DM 68.971,00 (=EUR 35 264.31) auf EUR 32.855) soll nach Darlegungen der Beteiligten zwar wesentlich auf zurückgehendem Ertrag des Unternehmens beruhen; die eher geringfügige Reduzierung war aber einvernehmlich gewollt und lehnte sich nicht proportional an die Einbußen des Unternehmens an.

Mithin war nicht schon im Ansatz beabsichtigt, die Beigeladene zu 3) über das von ihr bezogene Entgelt wesentlich an Gewinn oder Verlust des Unternehmens zu beteiligen. Die Beigeladene zu 3) sollte letztlich kein Unternehmerrisiko tragen. Maßgebend für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also wesentlich ungewiss ist (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - RdNr ... 26). Dass der zukünftige längerfristige Erfolg des Unternehmens von den Fähigkeiten und dem Engagement der Beigeladenen zu 3) abhing, unterscheidet ihre Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die sich unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge für das Fortkommen des Unternehmens einsetzen.

Gegenüber diesen fixen Entgeltbedingungen vermag für die Beigeladene zu 3) ein tatsächlich beherrschender Anteil an den unternehmerischen Dispositionen nicht entscheidend ins Feld geführt zu werden. Zwar mag das Gedeihen der Klägerin tatsächlich wesentlich auf dem Arbeitseinsatz der Beigeladenen zu 3) beruhen haben. All dies hat sich aber im Rahmen der beherrschenden Unternehmerschaft der Mutter als Mehrheitsgesellschafterin vollzogen. Die Mutter als Mehrheitsgesellschafterin (zunächst mit einem Anteil von DM 49.000,00 und damit 98 v.H. des Stammkapitals, später dann mit einem Anteil von DM 39.000,00 und damit 78 v.H. des Stammkapitals) hatte es in der Hand, als Unternehmerin hindernd in die Freiheiten der Beigeladenen zu 3) einzugreifen und diese damit persönlich abhängig werden zu lassen. Wenn die Mutter aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten der Beigeladenen zu 3) dies weitgehend unterlassen hat, beseitigt die nicht ausgeübte Rechtsmacht und die damit eröffnete Dispositionsfreiheit des Minderheitsgesellschafters nicht die rechtlich bestehende persönliche Abhängigkeit (vgl. hierzu BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Dass wegen der familiären Beziehungen auf die Regelung typisch arbeitsrechtlicher Fragen wie Urlaub oder Kündigung verzichtet wird, vermag dann nicht wesentlich ins Gewicht zu fallen. Größere Freiheiten von Familienangehörigen sind bei der hier ganz im Vordergrund stehenden Praktikierung eines festen Entgelts ohne Gewinn- oder Verlustrisiko unschädlich (vgl. nochmals BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Unter diesen Umständen kommt es auf weitere Einzelheiten, die als nicht arbeitnehmertypisch vorgetragen werden, nicht an. Wenn ein Verrechnungskonto geführt worden ist (vorgelegt mit Stand vom 17. Februar 2006), hat dies praktisch noch nicht zur Tragung eines Unternehmerrisikos geführt. Darlehensgewährung und Übernahme von Bürgschaften haben zwar eine mögliche Haftung mit dem Privatvermögen begründet, jedoch keine förmliche und materielle Beteiligung am Unternehmen herbeigeführt. Insoweit stehen nochmals familiäre Interessen im Vordergrund, nicht jedoch eine Beteiligung am Unternehmenserfolg. Hinzukommt, dass die Gewährung von Darlehen und Bürgschaften durch Familienangehörige nicht mit der Gewährung eines Darlehens durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers ist, zu vergleichen ist (vgl. hierzu bei Ehegatten Urteil des Senats vom 15. August 2008 - [L 4 KR 4577/06](#) -, veröffentlicht in juris).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) und 3, [§ 162 Abs. 3](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Das SG hat im angefochtenen Urteil nur nach [§ 193 SGG](#) über die außergerichtlichen Kosten, nicht aber, obgleich es zutreffend davon ausging, [§ 197a SGG](#) finde Anwendung, über die Gerichtskosten entschieden. Da die Monatsfrist des [§ 140 SGG](#) abgelaufen ist, kann das Urteil des Sozialgerichts nicht ergänzt werden. Die unterbliebene Entscheidung über die Gerichtskosten erster Instanz kann durch den Senat nachgeholt werden (vgl. BSG [SozR 3-1500 § 140 Nr. 2](#)).

Die Festsetzung des Streitwerts (für beide Rechtszüge) beruht auf [§§ 63 Abs. 2](#) und 3, [52 Abs. 1](#) und 3, [47 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetzes (GKG). Im Rechtsmittelverfahren bestimmt sich der Streitwert nach den Anträgen des Rechtsmittelführers ([§ 47 Abs. 1 Satz 1 GKG](#)). Die Klägerin begehrt vor dem Hintergrund eines Antrags auf Erstattung von Beiträgen zur Renten- und Arbeitslosenversicherung die Feststellung fehlender Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 3) im Zeitraum vom 01. Januar 1997 bis 23. Mai 2004. In Streitigkeiten

betreffend die Feststellung der Versicherungspflicht durch die Einzugsstelle sind maßgeblich die voraussichtlich zu entrichtenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge, und zwar sowohl die vom Arbeitgeber als auch die vom Arbeitnehmer zu tragenden Beiträge. Das monatliche Arbeitsentgelt der Beigeladenen zu 3) betrug zuletzt EUR 2.500,00. Bei einem Beitragssatz von ca. 40 v.H. betragen die zu entrichtenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge ca. EUR 1.000,00, jährlich mithin ca. EUR 12.000,00. Da die Feststellung der Versicherungspflicht Auswirkungen auf einen längeren Zeitraum hat, ist dem mit dem dreifachen Jahresbetrag Rechnung zu tragen, somit ca. EUR 36.000,00. Ein Abzug ist nicht vorzunehmen. Die Feststellungsklage ist betragsmäßig einer Leistungsklage gleichwertig.

Gründe zur Zulassung der Revision lagen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-11-26